
La protection de l'emploi en question : vers la fin du droit du travail ?

Présentation du numéro

Thierry Kirat et Julie Valentin



Édition électronique

URL : <http://journals.openedition.org/ei/366>

DOI : 10.4000/ei.366

ISSN : 2553-1891

Éditeur

Association Économie et Institutions

Édition imprimée

Date de publication : 30 octobre 2006

Pagination : 6-9

ISSN : 1775-2329

Référence électronique

Thierry Kirat et Julie Valentin, « La protection de l'emploi en question : vers la fin du droit du travail ? », *Économie et institutions* [En ligne], 9 | 2006, mis en ligne le 31 janvier 2013, consulté le 23 septembre 2020. URL : <http://journals.openedition.org/ei/366> ; DOI : <https://doi.org/10.4000/ei.366>

Revue Économie et institutions

Présentation du numéro

La protection de l'emploi en question : vers la fin du droit du travail ?

Thierry Kirat et Julie Valentin

Voilà quinze ans qu'une nouvelle orientation se dégage quant au diagnostic des causes du chômage. Après le salaire minimum et l'indemnisation du chômage, c'est la législation sur la protection de l'emploi qui se trouve maintenant incriminée et remise en cause dans les différentes variantes des discours sur la "flexicurité". Le salaire minimum s'est maintenu. Les réformes radicales de l'indemnisation du chômage mises en œuvre en 1993 n'ont pas perduré. Mais, sur le front de la protection de l'emploi, ces discussions ne sont pas restées au seuil des organismes de recherches ou des bureaux d'étude : le Contrat Nouvelle Embauche (CNE) a été mis en place en août 2005. Si le mouvement social autour du Contrat Première Embauche (CPE) peut laisser présupposer que sa généralisation ne serait pas aisée, le fondement de la mise en œuvre de ces contrats est devenu un lieu commun, une idée (simple ?) qui va de soi, une donnée incontournable qu'il n'y a plus lieu de démontrer : la législation sur la protection de l'emploi, et plus précisément le rôle qu'elle conduit à donner au juge, génère des coûts et une insécurité juridique qui freinent les embauches par les employeurs.

La "protection de l'emploi" : du niveau du chômage à la segmentation...

Il n'est pas inutile de dresser un bref tableau de l'évolution de la réflexion sur les effets de la législation sur la protection de l'emploi fut d'abord en jeu l'estimation des effets de la législation de protection de l'emploi (LPE) sur le niveau du chômage, qui a donné lieu à des résultats contradictoires, qui a *in fine* conduit à admettre que l'évidence empirique ne permet pas de conclure à l'existence d'effets significatifs de la réglementation du marché sur travail sur le niveau du chômage. Le curseur a alors été déplacé sur la question de la segmentation entre les différentes catégories socio-démographiques, dans un cadre insiders-outsiders. C'est alors en termes de plus ou moins grande viscosité des flux entre l'emploi et le chômage que les effets de la LPE sont scrutés.

La "protection de l'emploi" devient donc l'objet de diagnostics qui lui imputent l'inéquité des positions respectives des insiders et des outsiders aussi bien que son inefficacité.

Quel contenu de la "protection de l'emploi" ?

Mais quel est le contenu conféré par les économistes à la "protection de l'emploi" par les règles du droit du travail ? Si l'on prend ces dernières au sérieux, on doit admettre que le droit du travail prévoit des dispositions qui relèvent de ce que l'on peut appeler une "protection procédurale" des salariés, qui consiste, entre autres, à imposer qu'une décision de rupture du contrat de travail par l'employeur soit motivée, ou que, dans un plan social, soient prévues des dispositions de reclassement des salariés licenciés. Or, tout se passe comme si l'analyse économique voyait dans la protection de l'emploi une protection "substantielle" qui revient à penser que les salariés en place, titulaires de contrats "permanents" ont un droit à l'emploi. La catégorie qui se rapproche le plus de cette conception est celle des salariés protégés (en l'occurrence les représentants syndicaux) mais, surtout, celle des salariés sous le régime statutaire de la fonction publique....

La distinction entre ces deux formes de protection n'est pas sans enjeux : considérer la protection sous l'angle procédural, c'est admettre que les salariés disposent dans un Etat de droit de garanties procédurales dans les situations de rupture du contrat de travail, c'est-à-dire de garanties contre l'arbitraire. La considérer sous l'angle substantiel, c'est faire germer l'idée selon laquelle le régime d'emploi des salariés titulaires de contrats à durée indéterminée est marqué par la difficulté du licenciement. Bien sûr, personne ne soutiendra que les salariés de droit privé sont des quasi-fonctionnaires... mais une des clés du passage de la protection procédurale à la protection substantielle est celle des "coûts du licenciement", auxquels se joint l'interférence abusive du juge dans les décisions des employeurs. En d'autres termes, la littérature microéconomique déduit implicitement que les garanties procédurales produisent une protection substantielle, c'est-à-dire que les difficultés juridiques et les coûts du licenciement établissent une protection substantielle des insiders.

La remise en question de la place du juge

Les enjeux de la remise en cause de la place du juge dans le processus de licenciement ne sont pas exclusivement économiques. Le premier d'entre eux est celui de la capacité des salariés à exercer leurs droits si la possibilité de saisir le juge lors d'un litige sur la rupture du contrat de travail est réduite. Mais comme le rappellent

avec force les juristes, et comme le prouve la mise en œuvre récente du CNE, la suppression des voies d'accès au juge pour les salariés licenciés achoppe à la fois sur les conventions internationales¹ et sur le droit commun des contrats. Les limitations du droit du recours au juge "se heurtent à l'intangible droit à un recours effectif, reconnu par de multiples instruments juridiques à valeur constitutionnelle et internationale"², dont la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et les libertés fondamentales.

Pour autant, ce sont les économistes qui occupent le devant de la scène sur ces questions en posant que l'éviction du juge est une condition requise pour la réduction du chômage ou du moins sa durée, l'amélioration des performances économiques des entreprises, voire le bien être des salariés.

Présentation du numéro

Ce numéro spécial de la revue *Economie et Institutions* a pour objet de réexaminer les fondements économiques au cœur des deux thèses mentionnées précédemment, à savoir une protection substantielle des salariés et la contestation de la place du juge, avant de revenir sur ce qui se joue véritablement dans cette problématique.

Les deux premiers articles mettent ainsi en question l'hypothèse centrale à l'appui des propositions de réformes qui posent comme une évidence le besoin devenu plus intense pour les entreprises de pouvoir ajuster leur emploi face aux fluctuations de leurs conditions de production. C'est la question que pose l'article de Christophe Ramaux qui, réexaminant les fondements théoriques de la flexicurité, soutient que les travaux qui lui sont consacrés s'attachent exclusivement à la flexibilité externe, passant ainsi sous silence les différentes formes de flexibilité interne. Pourtant, cette dernière n'est pas sans enjeux pour l'efficacité des formes

1 Notamment la Convention 158 de l'OIT du 22 juin 1982 relative à la "Cessation de la relation de travail à l'initiative de l'entreprise" sur la base de laquelle le Conseil de prudhommes de Longjumeau a procédé à une requalification d'un CNE en CDI, considérant l'ordonnance du 2 août 2005 instituant le CNE contraire à la convention.

2 E. Serverin, « Le traitement des litiges du travail en droit français et britannique: deux modèles d'intégration des procédés amiables », *Revue de droit du travail*, Dalloz, 2007, pp. 202-206. Voir aussi F. Gaudu, "Des illusions des juristes aux illusions scientifiques, in A. Jeammaud (dir.), *Le droit du travail confronté à l'économie*, actes de la Journée Gérard Lyon-Caen, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2005, pp. 101-112 et A. Lyon-Caen, "Le contrôle judiciaire des motifs économiques et ses turbulences", *Le droit ouvrier*, avril 2007.

d'organisation du travail et des firmes. Cette même question est posée par l'article de Corinne Perraudin, Nadine Thèvenot, Bruno Tinel et Julie Valentin à partir de l'analyse des pratiques des entreprises en matière de sous-traitance. Les auteurs soutiennent, sur la base d'une étude empirique, que le recours croissant à la sous-traitance est moins liée à une incertitude accrue qui justifierait une adaptation du droit du travail qu'à des comportements de substitution, liés, entre autres, aux seuils légaux relatifs aux institutions de représentation du personnel, par lesquels les entreprises mobilisent de la main-œuvre par le biais de contrats commerciaux plutôt que des contrats de travail.

Ce faisant, c'est l'idée selon laquelle l'engagement dans une relation salariale de long terme n'est plus tenable face à un environnement économique de plus en plus incertain qui est discutée dans ces deux premiers articles.

L'étape suivante consiste à revenir sur les soubassements tant théoriques qu'empiriques des propositions de démantèlement du droit du licenciement et de la protection de l'emploi. L'article de Nathalie Berta et Muriel Pucci permet de décortiquer l'axiomatique du cadre théorique mobilisé comme point d'appui dans les rapports d'Olivier Blanchard et Jean Tirole au Centre d'analyse économique (2003) et de Pierre Cahuc au Centre d'observation économique de la Chambre de commerce et d'industrie (2003). Les auteurs discutent, d'un point de vue théorique, de la pertinence d'une approche qui, envisageant les licenciements comme une source d'externalité négative, ne peut penser la protection de l'emploi que comme un instrument de restauration de l'optimalité paretienne. Nathalie Berta et Muriel Pucci proposent ensuite une modélisation alternative à celle de P. Cahuc, qui montre que la prise en compte de la suppression d'emplois rentables par certaines entreprises permet d'établir les avantages du droit sur la régulation fiscale des licenciements.

De son côté, l'article de Thierry Kirat revient sur les indicateurs de protection de l'emploi qui servent à étayer la même thèse à partir de l'utilisation de ces indicateurs, notamment celui de l'OCDE, dans des estimations économétriques des effets de la législation sur la protection de l'emploi. L'article s'attache en particulier à mettre en question ce que les indicateurs de l'OCDE, de la Banque mondiale et de certains travaux académiques, mesurent (et ne mesurent pas) quant à la régulation juridique de la relation d'emploi. Thierry Kirat soutient qu'une mesure économique de la réglementation devrait être basée moins sur l'énoncé des normes que

sur la pratique du droit du travail³. Entre alors en jeu la prise en compte de la mise en œuvre des normes, cette dernière posant nécessairement la question de la définition et de l'activation des droits, qui est au cœur de l'article d'Evelyne Serverin.

La contribution d'Evelyne Serverin offre le regard d'une juriste attentive aux données empiriques et aux cadres d'action relatifs aux litiges du travail. C'est à un travail de précision sur le sens à donner aux litiges du travail que l'auteur s'attache, à partir d'un recensement des diagnostics, pris comme des évidences qui n'ont pas à être démontrées, et qui sont sous-jacents dans les propositions de réforme radicale du droit du licenciement et du contrat de travail que les rapports récents d'économistes proposent. C'est ainsi, la validité des thèses de la judiciarisation du licenciement et de l'immixtion du juge dans les décisions des employeurs qui est discutée. Mais si l'exercice de réfutation est utile, il ne saurait se suffire à lui-même : il convient également de poser un modèle explicatif alternatif des conflits du travail. L'auteur soutient que le recours aux tribunaux constitue un procédé d'actualisation des droits alloués aux justiciables, dont les salariés, lequel est lié à la question de la valeur des droits engagés dans les litiges.

3 En ce sens, cf. la partie II – La pratique du droit du travail dans : F. Collin, R. Dhoquois, P.H. Goutierre, A. Jeammaud, G. Lyon-Caen, A. Roudil, *Le droit capitaliste du travail*, Presses universitaires de Grenoble, coll. "Critique du droit", 1980 : les auteurs suggèrent que, avant de s'interroger sur les dispositions protégeant les salariés contre "les conséquences de leur faiblesse économique", "on doit tenter de vérifier si cette protection est effective." (p. 57).